

10 – le vêtement et la religion

Vêtement = tout ce qui sert à couvrir le corps humain pour le protéger, le parer.

Qu'est-ce qu'une religion : on pourrait dire que la religion se définit par deux éléments :

- l'élément objectif : est fourni par l'existence d'une communauté. Une communauté, ce n'est pas un simple agrégat d'individus, c'est un groupe cohérent, une construction voulue.

La religion est un **phénomène collectif** ; ce n'est pas nécessairement un phénomène de masse.

- le second éléments, l'élément subjectif, c'est la foi. La foi a son siège dans la conscience individuelle. Néanmoins, ce n'est pas une conscience solitaire mais la réciprocité des consciences qui fait la religion.

La liberté de religion comprend deux aspects :

- la liberté de choisir sa foi dans son for intérieur
- la liberté d'extérioriser sa foi.

C'est par la liberté d'extérioriser sa foi que le vêtement et la religion trouvent leurs points communs.

L'Etat français laisse la liberté de choisir sa religion

- protection internationale : Art. 18 DUDH
- protection régionale : Art. 9 CEDH
- protection interne : Art. 10 DDHC et Art. 1^{er} Constitution

I – la liberté d'exprimer ses convictions religieuses

A – la liberté de se vêtir, un élément de la liberté d'exprimer ses convictions religieuses

Cette liberté permet à chacun d'exprimer sa religion, l'Etat ne peut donc interdire une manifestation religieuse hors des cas de l'art. 9§2 de la CEDH.

Art. 9§2 CEDH : limite la possibilité d'extérioriser sa foi : « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratiques, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publique, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

L'arrêt « SAHIN C/TURQUIE » rendu le 10 novembre 2005 par la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé que l'interdiction du port du voile sur un campus constitue une « ingérence dans l'exercice du droit de manifester sa religion » mais une importante **marge d'appréciation** doit être laissée à l'Etat si bien que l'interdiction se trouvait ici justifiée.

Arrêt CEDH, 23/2/2010 « ARSLAN C/TURQUIE » : la Cour constate tout d'abord que les requérants sont de simples citoyens et ne peuvent donc être soumis, en raison d'un statut officiel, à une obligation de discrétion dans l'expression publique de leurs convictions religieuses. Par ailleurs, il ne s'agissant pas non plus de la réglementation du port de symboles religieux dans des établissements publics, dans lesquels le respect de

la neutralité à l'égard de croyances peut primer sur le libre exercice du droit de manifester sa religion.

Enfin ,la façon dont les requérants ont manifesté leurs croyances par une tenue spécifique ne constituait pas ou ne risquait pas de constituer une menace pour l'ordre public ou une pression sur autrui. Partant, il y a **violation de l'Art. 9 de la CEDH**.

B - la protection de la liberté de religion face au principe de laïcité

Si la laïcité a eu, à l'origine, pour objectif d'exclure la religion de la sphère publique en séparant l'Eglise de l'Etat, elle est aujourd'hui entendue comme assurance de la liberté des croyances grâce à la neutralité de l'Etat.

La neutralité étatique conduit en réalité à poser des limites à la liberté de manifester sa religion.

Quelle conception de la laïcité en France ? On peut en distinguer deux :

- la première, anglo-saxonne, vise à mettre les religions à l'abri d'éventuelles menaces venant de l'Etat. Elle conduit à une **conception extensive** du droit d'exercer son culte, y compris de l'afficher publiquement dans l'espace public
- la seconde, privilégiée en France, vise à empêcher la pression des religions sur l'Etat. La pratique religieuse relève alors essentiellement de la vie privée, et les manifestations du culte comme le port de signes religieux sont réglementés.

II – Les manifestations de la liberté de se vêtir face au principe de laïcité

A – la réglementation du port de signes religieux

La question du port du voile a été révélée lorsque des jeunes femmes se sont vues refuser l'accès à un établissement scolaire.

Dès lors, le législateur est intervenu.

La loi du 15 mars 2004 a interdit les signes qui, en eux-mêmes ou par leur nature ou par leur caractère **ostentatoire** apparaissent comme contraires au principe de laïcité.

L'interdiction n'est ni générale ni absolue mais il faut bien admettre que certains signes seront forcément ostensibles (foulard) alors qu'une croix ne sera ostensible que si elle est de dimension excessive.

La question du voile soulève deux problèmes : celui de la soumission de la femme et celui de la remise en cause de la laïcité.

Le gouvernement a demandé au CE d'envisager quels pourraient être les fondements juridiques de l'interdiction générale et absolue du port du voile. Ce dernier a rendu son rapport le 30 mars 2010, il est défavorable à l'interdiction générale et absolue du port du voile sur le territoire français et préconise de renforcer et d'harmoniser les interdictions ponctuelles.

Le principe de laïcité n'impose que « la stricte neutralité de l'Etat et des collectivités vis-à-vis des pratiques religieuses ». Il n'importe pas d'obligation aux particuliers en dehors des cas particuliers en raison « d'exigences propres à certains services publics » tels que celui de l'enseignement. Il n'est donc pas à même de justifier l'interdiction générale du port du voile.

Pourtant, c'est cette solution qui été adoptée par **la loi du 11 octobre 2010** : « *nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage* ». **le fait de dissimuler son visage constitue une contravention de deuxième classe, et constitue un délit le fait d'imposer à autrui de dissimuler son visage.**

Le CC le 7 Octobre 2010 a déclaré la loi conforme à la Constitution au regard des principes de liberté et d'égalité et particulièrement aux articles :

- 4 de la DDHC du citoyen (conciliation des libertés entre elles),
- 5 de la DDHC (légalité des délits et des peines)
- 10 de la DDHC (liberté d'opinion et de religion)
- et du Préambule de la Constitution de la 1946

sous réserve que cette interdiction ne porte pas une atteinte excessive à l'article 10 de la DDHC en restreignant l'exercice de la liberté religieuse dans les lieux de culte ouverts au public.

- **Autre exemple : affaire BABY LOUP :**

AP,25 JUIN 2014 : Au sein d'une entreprise privée, il semble logique de considérer que le principe de neutralité et de laïcité ne trouve pas à s'appliquer de droit à chaque salarié.

N'étant pas des agents publics et n'assurant pas toujours une mission de SP, ils ne peuvent se voir imposer des obligations qui pèsent sur l'Etat et ses représentants. Pourtant la question s'est posée de savoir si un **employeur** pouvait **restreindre l'exercice d'une liberté** par son salarié et si oui, dans quelles mesures.

Après 6 ans de procédure et un premier arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de Cassation le 19 mars 2013, qui avait invalidé le licenciement en estimant qu'il constituait « une discrimination en raison des convictions religieuses de la salariée », l'AP a validé la position de la CA de renvoi qui avait à nouveau reconnu la validité du licenciement pour faute grave.

La Cour de Cassation, réunie en AP a, dans un premier temps rappelé que les restrictions par l'employeur à la liberté de manifester sa religion devaient être **justifiées par la nature des tâches à accomplir**. Elle approuve la Cour d'appel qui a ainsi pu déduire qu'une telle restriction du règlement intérieur « *ne présentait pas un caractère général mais était suffisamment précise, justifiée par la nature des tâches accomplies par les salariés de l'association et proportionnée au but recherché* ». (la salariée travaillait dans une crèche, et était donc au contact de jeunes enfants ; on comprend à mots couverts que la nécessité était de ne pas exposer de jeunes esprits à un prosélytisme dont ils n'étaient que peu à même de se défendre).

La Cour de Cassation rejette le pourvoi et considère que le refus de retirer un signe religieux lorsque le règlement intérieur interdit toute manifestation religieuse justifie un licenciement pour faute.

B – la manifestation de sa religion et l'ordre public

Au cours de l'été 2016, est apparu sur les plages françaises le burkini, vêtement de bain couvrant l'intégralité du corps et utilisé principalement par les femmes de confessions musulmanes.

De nombreux arguments ont été échangés :

- contre ces arrêtés : la liberté de manifester ses convictions religieuses dans l'espace public, la liberté d'aller et venir, la liberté de conscience, la liberté individuelle.
- Pour leur légalité : le principe de laïcité auquel portent atteintes des manifestations ostentatoires de croyance religieuse, la discrimination que traduit le port de vêtements couvrant intégralement le corps des femmes

Au centre, l'ordre public que ces exhibitions menacent de troubler, dans le contexte de tension qui fait suite aux attentats, notamment celui du 14 juillet à Nice, proche de Villeneuve Loubet.

Son maire, se fondant sur son pouvoir de police municipale, à entendu prévenir les troubles que pouvaient provoquer ces ostentations de foi religieuse peu appropriées dans le contexte vacancier et ludique de la baignade.

De ce débat, de l'argumentation du maire et de celle du TA, le CE ne retient rien. L'ordonnance n'est certes qu'une mesure provisoire, sans autorité de chose jugée, mais en réalité il s'agit bien d'un jugement sur lequel le Conseil ne reviendra sans doute pas en raison de la force des termes qu'il utilise.

Il repose en effet sur son interprétation de l'ordre public. **Le Conseil déclare qu'il n'est pas troublé par le Burkini.**

Le Conseil se réfère à une conception étroite de l'ordre public, celle de l'absence de violences ou de manifestations hostiles sur les plages. Le CE n'a pas toujours eu cette conception restrictive. Dans d'autres affaires, il a incorporé à l'ordre public un principe de dignité, qui lui a permis par exemple de condamner le « lancer de nains » ou d'interdire un spectacle de Dieudonné alors qu'aucune manifestation hostile ne le visait.

11 – Faut-il réformer la loi de 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat ?

La liberté de religion, de pensée et de croyance n'est qu'un aspect particulier d'une liberté beaucoup plus large, la liberté d'opinion et d'expression.

Alors que cette dernière s'analyse en la possibilité, pour chaque individu, d'adopter et d'exprimer dans n'importe quel domaine l'attitude intellectuelle de son choix, c'est-à-dire, en somme, de croire ce qu'il croit vrai, la liberté religieuse apparaît à la fois plus étroite et plus vaste.

Plus étroite parce qu'elle consiste pour l'individu à donner son adhésion personnelle à un système de normes et de références qui ne se réduit pas seulement à une croyance abstraite ou désincarnée. Toute religion, tout courant de pensée donne naissance à des pratiques et des rites. Il faut donc en assurer le libre exercice si l'on veut pleinement garantir la liberté religieuse.

Par ailleurs, la liberté religieuse dépasse la liberté d'opinion en ce sens qu'elle ne peut pleinement s'épanouir que si les Eglises, les mouvements religieux ou écoles de pensées sont totalement **maîtres et libres de leurs activités**, ce qui pose le problème, fondamental et historiquement mouvementé, de leurs rapports avec l'Etat.

Le régime établi par la loi du 9 décembre 1905 proclame la liberté de conscience, garantit le libre exercice des cultes sans pour autant en reconnaître, en salarier ni en subventionner aucun.

Cependant, sous la pression, soit de nouveaux mouvements religieux soit d'anciens courants renaissants ou de groupes « sectaires », la conception traditionnelle de la laïcité (I) risque de se voir remise en cause. (II)

I - la notion historique de la laïcité française

A – la neutralité de l'Etat

La République ne « reconnaît » plus aucun culte aujourd'hui. Elle a voulu par là effacer officiellement toute distinction entre les anciens cultes reconnus (le culte catholique, les deux principales Eglises protestantes : réformée et luthérienne, le culte israélite) et les autres. **Tous sont sur le même plan.**

Les implications de la suppression du service public de l'Eglise ont été à l'origine nombreuses : disparition du ministère et du budget des Cultes, suppression des traitements octroyés aux ministres des Cultes, cessation de l'intervention de l'Etat dans l'organisation des cultes...

Le corollaire de cette suppression du SP de l'Eglise est **la liberté totale** laissée à l'Eglise de s'organiser.

Cette neutralité est à la fois « *négative* » et « *positive* » :

- « *négative* » : parce que la République qui admet toutes les manifestations diverses de la pensée, qui ne rejette aucune idéologie, qui les accueille tous, ne

saurait en choisir une dont elle se ferait officiellement la championne et dont elle s'instituerait la propagandiste.

Deux textes à rappeler : Art. 10 DDHC et Art. 2 de la Constitution

- Ces deux textes précédent font le lien entre la notion de neutralité « négative » qui suppose la discrétion de l'Etat et celle de la neutralité « positive » qui implique l'engagement de l'Etat d'assurer pratiquement, à chacun, dans sa quotidienneté vécue, le libre exercice de sa religion, c.a.d mettre à sa disposition les moyens lui permettant d'en observer les règles.

Ex : le **halal** , réglementation des conditions d'abattage des animaux de boucherie, reconnaissance de l'objection de conscience

Ex : menu de substitution (= menu confessionnelle) :

En mars 2015, le maire LR de Châlons-sur-Saône, Gilles Platret, fait voter la fin des "menus de substitution" dans les cantines scolaires des écoles publiques de sa commune. La Ligue de défense judiciaire des musulmans, une association confessionnelle, dépose aussitôt une plainte... déboutée au mois de septembre suivant. Pour cause, le droit est très précis sur le sujet depuis la loi du 13 août 2004 "relative aux libertés et responsabilités locales".

En France, la restauration dans les écoles publiques est un "service" à la seule charge des collectivités locales. Les mairies sont les seules à en gérer les modalités pour le primaire, tout comme les conseils départementaux pour les collèges et les régions pour les lycées.

Dans une ordonnance du 25 octobre 2002, le Conseil d'Etat avait déjà précisé : "La circonstance qu'une commune serve du poisson le vendredi dans ses cantines scolaires mais refuse de tenir compte des prescriptions alimentaires en vigueur dans les autres cultes ne constitue pas une atteinte aux droits fondamentaux."

En 2015, l'Observatoire de la laïcité a indiqué dans un avis que "la diversité des menus ne répond pas à des prescriptions religieuses mais à la possibilité pour chacun de manger ou non de la viande tout en empêchant la stigmatisation d'élèves selon leurs convictions personnelles". "L'Etat fixe de grandes orientations, pour mieux combattre l'obésité par exemple, et les collectivités décident de les appliquer ou non, selon la réalité du terrain, explique au JDD François Grosdidier, sénateur-maire LR de Woippy (Moselle). Un maire ne va pas prendre la même décision si, par exemple, 80% des élèves de sa commune sont de confession musulmane."

Le centriste Yves Jégo défend depuis un an une proposition de loi pour imposer la mise en place de menus végétariens dans les cantines scolaires.

B – le respect de la liberté de conscience

L'Etat « indifférent » n'a pas à se demander ce qu'est une religion puisque par principe, il n'en professe ni n'en reconnaît aucune. On retrouve ici les applications principales de la liberté religieuse que sont **les principes d'égalité** et de **non-discrimination** entre les cultes.

Or, le principe de la non-discrimination entraîne lui-même une attitude positive de la part de l'Etat : celui-ci doit protéger les cultes minoritaires, au nom même de la liberté religieuse.

L'affirmation que la République garantit la liberté de conscience signifie en effet non seulement que l'Etat s'oblige à respecter lui-même cette liberté, mais s'engage à en prévenir les violations par quiconque.

Le principe de la liberté de conscience est d'ailleurs sanctionné pénalement. La loi de 1905 crée le délit d'atteinte à la liberté de conscience en punissant (Art. 31) ceux qui, par voie de fait ou violence ou menace contre un individu, soit en lui faisant craindre de perdre son emploi, soit en exposant à un dommage sa personne, sa famille ou sa fortune, l'auraient déterminé à exercer ou à s'abstenir d'exercer un culte.

D'une manière plus large, le respect de la liberté de conscience est affirmé par la reconnaissance d'un caractère illicite à toute attitude cherchant à créer des discriminations sur la base de croyances exprimées ou supposées et à inquiéter d'une manière quelconque une personne en raison de ses opinions.

II – la remise en cause de la conception traditionnelle de la laïcité

A – vers une conception extensive de la laïcité

Certaines revendications récentes de fidèles de religions traditionnelles n'ont point manqué de susciter de nouvelles interrogations.

La liberté de conscience que l'Etat doit reconnaître à chacun s'accompagne-t-elle, par exemple, du droit d'afficher ostensiblement les signes extérieurs de son appartenance à telle ou telle religion ? Pouvait-on, plus explicitement, permettre à certaines lycéennes musulmanes le port, à l'école publique, de signes extérieurs d'appartenance à leur communauté ? Le port du voile islamique était-il compatible avec le principe de laïcité ?

CE, ASS, AVIS, 27.11.1989 : « la liberté ainsi reconnue aux élèves comporte certes pour eux le droit d'exprimer et de manifester leurs croyances religieuses à l'intérieur des établissements scolaires dans le respect du pluralisme et de la liberté d'autrui ; mais elle ne saurait leur permettre d'arborer des signes d'appartenance religieuse qui, par leur nature, par les conditions dans lesquelles ils seraient portés, individuellement ou collectivement, ou par leur caractère ostentatoire ou revendicatif, constitueraient un acte de pression, de provocation, de prosélytisme ou de propagande, porteraient atteinte à la dignité ou la liberté de l'élève ou d'autres membres de la communauté éducative, compromettraient leur santé ou leur sécurité, perturberaient le déroulement des activités d'enseignement et le rôle éducatif des enseignants, enfin troubleraient l'ordre dans l'établissement ou le fonctionnement normal du service public ».

Le C.E a été, peu de temps après cet avis, conduit à préciser sa position dans un arrêt du 2.11.1992 : il a estimé qu'étaient illégales les dispositions d'un règlement intérieur d'un collège qui stipulaient que « le port de tout signe distinctif, vestimentaire ou autre, d'ordre religieux, politique ou philosophique est strictement interdit ». **Un tel règlement, par la généralité de ses termes, institue en effet une interdiction absolue, en totale méconnaissance de la liberté d'expression reconnue aux élèves dans le cadre des principes de neutralité et de laïcité de l'enseignement public.**

Le gouvernement s'est décidé pour une solution législative : la loi du 15.3.2004 a opté pour une interdiction radicale de tous les *signes ostensibles* d'appartenance religieuse à l'école et bien entendu, en priorité, de tous ceux qui auraient pour objectif d'apporter ou de provoquer des troubles dans le fonctionnement des établissements d'enseignement ou dans la conscience des élèves.

Dans la réalité – et à lire déjà les règlements ou circulaires qui ont suivi le vote de la loi – cela veut dire que le voile islamique et la kippa seront interdits mais non les croix discrètes des autres confessions.

B – les pistes de réflexion

- la loi de 1905 s'est bornée à gérer l'existant, c'est-à-dire, avant tout, la dévolution des biens des établissements publics du culte aux nouvelles associations cultuelles. Elle s'est moins préoccupée de l'avenir et n'a pas prévu, notamment, la possibilité d'enracinement, en France, de cultes qui n'existaient pratiquement pas en 1905. L'islam ne dispose donc ni d'un « patrimoine », ni d'édifices affectée.

Tous les cultes sont, certes, sur un plan d'égalité. Mais certains sont tout de même plus égaux que d'autres car ils bénéficient de tous les avantages de la loi. Ce sont les anciens « cultes reconnus ». ils ont, eux, des structures solides, aptes à discuter avec l'Etat. Et puis le problème de la propriété et de l'affectation de leurs biens est – on l'a vu – réglé. Alors que rien n'a été prévu pour les constructions des autres religions, ultérieures à 1905, qui tombant sous le coup du droit commun, se trouvent, de ce fait, entièrement à la charge des communautés religieuses, donc des fidèles.

L'Islam ne peut donc dès lors compter que sur ses propres forces. Et sur l'étranger ! (+++)

- certains pensent qu'il faudrait créer un organisme représentatif de l'ensemble des différentes communautés musulmanes vivant en France qui puisse être érigé en interlocuteur valable des pouvoirs publics mais qu'il serait opportun de pratiquer une « laïcité de compensation » en tâchant de rectifier les inégalités accumulées par l'Histoire.
= création de la Fondation pour l'Islam/ conseil français du culte musulman.
- problème avec le financement de mosquées privées par le Qatar ou l'Arabie saoudite..
- vigilance avec le prosélytisme islamique dans le milieu carcéral. Le milieu carcéral doit être surveillé car certains détenus fondamentalistes pratiquent un endoctrinement habile, pervers et souterrain auprès de leurs compagnons de cellule.
- On notera, enfin, que la laïcité semble devoir être conçue de plus en plus, aujourd'hui, comme une notion ouverte et positive, susceptible à ce titre de nombreuses dérogations.
Ex : la loi du 23 juillet 1987 sur le mécénat marque, en fait, la fin de la laïcité fiscale puisqu'elle institue une déduction fiscale pour les dons consentis à des associations cultuelles dont les activités sont, par définition, liées à l'entretien des ministres du culte, des édifices cultuels et à la prise en charge des frais de cérémonies.

12 – la liberté d'expression de l'artiste.

Déjà au siècle des Lumières, Voltaire écrivait « le droit de dire et d'imprimer ce que nous pensons est le droit de tout homme libre, dont on ne saurait le priver sans exercer la tyrannie la plus odieuse ». Toute société démocratique se doit donc de protéger la liberté d'expression. En effet, celle-ci implique la liberté de s'informer, de communiquer avec autrui et, parfois, de convaincre autrui, elle est donc un moyen de se forger une opinion et d'avoir une pensée éclairée.

L'importance de la liberté d'expression ne se résume par à la question de la liberté d'information. Comme l'a fortement énoncé la CEDH dans un arrêt du 24 Mai 1988, « **MULLER** » : « *ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique* ».

L'artiste est la personne qui excelle dans un art. (cinématographique, musical...) L'art est un processus de création d'objets ou de mises en scène spécifiques destinés à produire chez l'homme un état de sensibilité et d'éveil plus ou moins lié au plaisir esthétique.

Dès lors, l'artiste est particulièrement protégée par la liberté d'expression en ce qu'il contribue de manière importante à la transmission du savoir.

Aux termes de **l'article 11 de la DDHC** à laquelle le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 confère valeur constitutionnelle, « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ».

Elle est consacrée à l'échelle internationale par l'article 10 de la CEDH qui affirme que « toute personne a droit à la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière (...) ».

Au principe de liberté énoncé au paragraphe 1^{ER}, s'opposent les exceptions envisagées au second paragraphe. Celles-ci doivent être prévues par la loi (c'est-à-dire par une norme générale, écrite ou jurisprudentielle, antérieure aux faits litigieux et satisfaisant à des exigences d'accessibilité et de prévisibilité), viser l'un des buts reconnus comme légitimes par l'article 10§2 (la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, la défense de l'ordre ou la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, la protection de la réputation ou des droits d'autrui, la sauvegarde d'informations confidentielles, la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire) et être « nécessaires, dans une société démocratique » à la réalisation de ces buts.

I – le caractère pluraliste de la liberté d'expression artistique

A – la liberté de création, composante de la liberté d'expression artistique ?

Seul le texte juridiquement le moins effectif sur notre sol, à savoir la **DUDH de 1948**, comporte en son art. 27, un énoncé susceptible de valoir reconnaissance d'une liberté de créer ainsi que d'un droit à la culture encore hypothétique en France

On peut difficilement nier que la création soit une façon de s'exprimer. Cependant la liberté d'expression n'engendre pas nécessairement une création à chaque usage ; **la liberté de créer se présente donc de prime abord comme un sous-ensemble de la liberté d'expression.**

Les choses ne sont pourtant pas aussi simples : si la liberté de créer est une espèce particulière au sein du genre liberté d'expression, elle doit emprunter tous les caractères de celle-ci et y ajouter les siens propres.

Or, il n'est pas sûr qu'il en soit ainsi. Si la possibilité de faire librement connaître ses idées à autrui, autrement dit la libre diffusion des idées, est consubstantielle à la liberté d'expression, si l'absence de possibilité de diffuser équivaut à l'absence de liberté d'expression, cela n'est pas vrai de la liberté de créer. **Celle-ci n'a pas impérativement besoin d'une diffusion pour exister.**

La liberté d'expression et à fortiori la liberté de création peut être annihilée par la censure. Synonymes d'absence de liberté, l'interdiction, la censure, sont radicalement inconciliables avec la liberté d'expression.

La liberté d'expression est fortement protégée par le juge : Ex : **affaire des caricatures de Mahomet** : Un directeur de publication était poursuivi pour injures envers un groupe de personnes en raison de leur religion suite à la publication de caricatures de Mahomet. On y voit, par exemple, Mahomet désespéré se dire « C'est dur d'être aimé par des cons ». Dans une décision du 22 mars 2007, le TGI de Paris a relaxé le directeur de publication du chef d'accusation en estimant que les dessins n'assimilaient en aucune façon les musulmans et les terroristes et n'avaient pas pour but d'offenser l'ensemble des musulmans si bien qu'ils relevaient de la **liberté d'expression**

B -la force de la liberté d'expression face aux droits de la personnalité

Avec le renforcement des droits de la personnalité, dont le caractère fondamental et la montée en puissance ont été soulignés à l'envi, des conflits ont surgi ces dernières années entre la liberté d'expression et certains de ces droits tels que le droit à l'image, le droit au respect de la vie privée ou la présomption d'innocence.

C'est essentiellement le droit à l'image qui est venu limiter la liberté de créer du photographe et du cinéaste, auxquels les tribunaux rappelaient régulièrement que la publication de l'image d'une personne suppose le consentement de celle-ci.

Les artistes s'en plaignaient véhémentement, en soulignant, d'une part l'impossibilité dans laquelle ils étaient le plus souvent de retrouver les personnes dont ils avaient saisi le visage, d'autre part leur réticence à solliciter, juste après la prise du cliché, le consentement de la personne photographiée, lorsque cela est matériellement faisable..

Déjà par deux arrêts remarquables de 2001 et 2003, la première chambre civile avait fait prévaloir le droit du public à l'information et la liberté d'expression (au visa de l'art. 10 de la CEDH) sur le droit à l'image « sous la seule réserve », désormais habituelle, « du respect de la dignité humaine »

Une série de jugements rendus entre 2003 et 2007 par le tribunal de grande instance de Paris et, sur appel, un arrêt de la CA de Paris du 5 novembre 2008 ont amorcé une évolution majeure, voire un revirement, si la Cour de cassation venait à rallier la nouvelle position des juges du fond.

Dans le premier, un coureur cycliste s'était plaint de trouver dans un manuel scolaire un cliché le représentant en train de courir le Tour de France. Le Tribunal le déboute, ce qui revient à étendre aux œuvres à caractère pédagogique, la solution adoptée en 2001 par la Cour de cassation pour les seules nécessités de l'information. (solution à nuancer car les juges relèvent que le coureur, dont le nom n'est pas cité, apparaît portant casquette et lunettes de soleil, en sorte qu'il est identifiable mais difficilement et que le cliché est pris pendant un événement public).

Dans ces conditions, le jugement rendu en 2004 n'en est que plus audacieux. Un homme se plaignait de voir figurer, dans un album de photographies, et dans un film, un portrait de lui pris à son insu dans le métro.

Bien que l'atteinte au droit à l'image fût caractérisée, le tribunal, au terme d'une longue motivation, le déboute, au motif que le photographe « *n'a pas fait un usage fautif de la liberté d'expression* ». **C'est là clairement affirmer que le droit à l'image cède devant la liberté d'expression** (toujours sous réserve du respect de la dignité humaine).

C'est par cette nouveauté que le jugement nous intéresse ici, mais aussi et davantage encore par le fait que la finalité créatrice, constamment mise en exergue au fil des motifs, fonde la solution. **En résumé, lorsqu'elle s'identifie à une liberté de créer, la liberté d'expression acquerrait suffisamment de force pour réduire à peu de chose le droit à l'image.**

Même en l'absence d'arrêt de la Cour de cassation, il demeure que la solution retenue dans ces diverses affaires interroge aussi par la motivation qu'adoptent les juges du fond. On semble en effet y trouver un cheminement parallèle avec la position de la CEDH qui recourt ici à un critère de la **contribution de l'œuvre au débat d'idées**.

II – les limites à la liberté d'expression de l'artiste

A – la conciliation de la liberté d'expression et du principe de dignité

- **exposition de cadavres à des fins commerciales** : Dans un arrêt de la Civ 1^{ère}, 16 Septembre 2010, *Our BODY*, la Cour de cassation énonce que l'exposition de cadavres, poursuivant des fins commerciales, va à l'encontre du principe énoncé à l'art. 16-1-1 du Code civil. Il peut être mis fin à l'atteinte au respect dû aux morts par la voie du référé. Le fondement n'est donc, après la mort, le respect de la vie privée, mais celui de la dignité de la personne, qui se prolonge même après sa mort.
- **Spectacle de Dieudonné : CE, 11 Janvier 2014, « Les productions de la Plume et M, Dieudonné M'Bala M'Bala »**. Les tentatives des maires, pour interdire les spectacles de l'humoriste Dieudonné ne sont pas récentes. En effet, le C.E décidait le 26 février 2010 de suspendre un arrêté municipal d'interdiction d'une représentation fondé sur l'« atteinte aux bonnes mœurs ».

Suivant la JP « Benjamin », le C.E estime que le motif de trouble à l'ordre public avancé par le maire à l'origine de l'arrêté ne justifie pas une telle atteinte à la liberté d'expression.

C'est donc au pénal que les poursuites prospèrent contre l'humoriste.

Le 11 janvier 2014, le C.E dans son ordonnance valide un arrêté pris par le maire d'Orléans interdisant la représentation publique du spectacle de Dieudonné intitulé « Le Mur ». **Outre la notion d'ordre public matériel, c'est sur le terrain de la dignité humaine que se place le juge administratif.** Généralisant la solution *Morsang-sur-Orge* dans l'hypothèse de réunions publiques jugées attentatoires à l'ordre public constitutionnel de cohésion nationale.

Désormais, l'atteinte à la dignité de la personne humaine peut être interdite sans qu'il soit nécessaire de prendre en considération les circonstances locales particulières, **la dignité humaine s'affirmant comme une composante de l'ordre public.**

Concernant la liberté d'expression dans cette affaire, la motivation du C.E passe par

plusieurs étapes :

- le C.E approuve le préfet d'avoir retenu que le spectacle « Le Mur », déjà tenu à Paris, « contient des propos antisémites, qui incitent à la haine raciale et font en méconnaissance de la dignité de la personne humaine, l'apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la 2nd guerre mondiale ».
- Pour caractériser le risque le C.E rappelle les neuf condamnations pénales de l'intéressé pour des faits similaires ainsi que des risques sérieux de troubles à l'ordre public au regard du contexte.

Au vu de ces antécédents, le C.E rappelle que les Maires et le Préfet qui ont interdit un usage de la liberté d'expression sur le fondement d'un risque n'ont pas commis d'illégalité grave et manifeste à la liberté fondamentale de liberté d'expression et de réunion.

B – la liberté d'expression de l'artiste soumise au régime d'autorisation ou de déclaration préalable

- police du cinéma : le cinéma est soumis à un régime de dépôt légal et à l'obtention d'un visa d'exploitation. Le visa est délivré par le Ministre de la Culture après avis de la commission de classification. Il est possible de réserver le film à un certain public. A côté de ce contrôle nationale existe un contrôle local exercé par l'autorité de police administrative. Il peut aboutir à l'interdiction de la projection d'un film en raison de circonstances locales sous le contrôle du juge administratif.

L'initiative des demandes d'interdiction s'est déplacée vers des groupes privés, en l'occurrence des associations qui se sont données pour mission la défense d'intérêts catégoriels (spirituels ou matériels), entraînant un déplacement du pouvoir d'interdire, qui se trouve aujourd'hui entre les mains des juges.

Ainsi les décisions judiciaires qui, très rarement mais régulièrement, prononcent de telles interdictions constituent-elles autant de limitation à la liberté d'expression. Dans cette perspective, l'interdiction prononcée par le juge des référés parisien (et confirmée en appel) à la requête d'une association catholique dans l'affaire de l'affiche publicitaire imitant la Cène créa un émoi compréhensible avant qu'intervienne, le 14 novembre 2006, un arrêt de cassation.

Pour une marque de vêtements féminins, une publicité avait été réalisée sous forme d'une photo reprenant le tableau de Léonard de Vinci représentant la Cène, les apôtres et le Christ lui-même étant remplacés par des jeunes femmes portant la ligne de vêtements qu'il s'agissait de présenter. Aucune de ces femmes n'est si peu dévêtues que ce soit, en sorte qu'il était impossible de déceler dans cette scène, en dépit de la pose alanguie du jeune homme, la plus petite once de pornographie. On a même reconnu à cette composition, une certaine qualité artistique.

Aussi peut-on s'étonner que cette image ait été interdite tant par le juge des référés que par la CA, même si la motivation des décisions tempérait quelque peu la réticence légitime qu'elles suscitaient.

- rave party

13 – l'égalité des citoyens devant le service public de la justice

Aujourd'hui, 88% des français estiment que la justice est trop complexe et 95% pensent qu'elle est trop lente.

Un lien inextricable existe entre Etat de droit et accès à la justice. L'Etat de droit ne se réduit plus à l'attribution de droits au nom d'une certaine conception de la justice distributive.

L'accès à la justice est une notion difficile à cerner. Le concept d'accès à la justice s'est affiné avec le temps et constitue aujourd'hui un thème fondamental des droits et libertés fondamentaux.

L'accès à la justice, de manière générique regroupe des vocables tels que l'accès à un tribunal, l'accès au juge, le droit au recours, le droit d'être entendu ou le droit au contradictoire.

Le caractère fondamental du droit à un tribunal est consacré de manière commune en droit international et en droit interne.

- sur le plan international : l'**art. 8** de la DUDH prévoit que « toute personne a droit à un recours effectif devant les juridictions nationales compétentes contre les actes violant les droits fondamentaux qui lui sont reconnus par la Constitution ou par la loi ».
L'art. 14§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dans le même esprit, affirme que « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal ».
- sur le plan régional : Arrêt CEDH, 1975, « GOLDER C/RU » sur le plan civil et « DEWEER C/Belgique » au plan pénale, la CEDH consacre un droit au juge sur le fondement de l'article 6§1 de la Conv.EDH.
- En droit interne, la Constitution ne consacre pas formellement un droit au juge. Cependant le Conseil constitutionnel a, tout d'abord, reconnu la valeur constitutionnelle du droit à un recours administratif dans sa décision du 13 août 1993.

Par une décision du 21 janvier 1994, un droit au juge est consacré au fondement de l'article 16 de la DDHC qui fonde la « garantie des droits ».

Par un arrêt rendu en A.P du 30 juin 1995, la Cour de cassation a jugé, à propos du droit à l'assistance d'un avocat, que « l'exercice effectif (du droit à un avocat) exige que soit assuré l'accès de chacun (..) au juge chargé de statuer sur sa prétention ».

I – l'accès à la justice au service de l'accès aux droits.

A – la consécration d'un droit d'accès à la justice

Devant la pulvérisation des droits subjectifs et la fondamentalisation du droit, l'accès à la justice a progressivement changé de visage.

Alors que les exigences d'égalité, de gratuité et de proximité construisaient un contexte adapté à l'accès à la justice, ce dernier est lui-même devenu un objet de droit. Il est désormais question de droit au juge, de droit à un tribunal ou encore de droit au recours.

S'impose désormais un droit à l'accès à la justice. Cette consécration d'un droit d'accès à la justice existe au sein même des textes fondamentaux :

- Art 8 de la DUDH
- Art. 13 de la Conv.EDH

Le droit à l'accès à la justice devient le noyau dur d'une série de droits satellitaires : le droit au jugement, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, le droit à l'exécution du jugement.

La CEDH, dans l'arrêt « HENRIOUD C/France » du 5/11/2015 a condamné la France pour violation de l'art. 6 en raison d'un arrêt de la Cour de cassation qui disait irrecevable un pourvoi provoqué au motif que l'acte de signification de la décision n'a pas été déposé dans le délai prescrit. La France aurait imposé un formalisme excessif.

Le droit d'accès à la justice n'est pas seulement un moyen de garantir l'effectivité des droits. On peut se demander s'il n'est pas devenu un droit fondamental à part entière

- première traduction de ce droit est le droit d'agir en justice qualifié de droit processuel fondamental par Motulsky.
- Deuxième traduction, plus controversée, renvoie aux voies de recours.

Existe-t-il un droit aux voies de recours ? La polémique a surtout existé à propos de l'appel et de l'exécution provisoire. En vertu de l'exécution provisoire, la personne qui a perdu le procès doit exécuter le jugement malgré l'effet suspensif du délai des voies de recours ordinaires et de leur exercice.

Cette exécution provisoire avait été encouragée par le rapport de la commission Magendie qui préconisait une exécution provisoire de plein droit au nom du droit d'accès à la justice.

Le décret du 28 décembre 2005 a inséré un nouvel article 526 dans le CPC qui autorise, au contraire, le Premier président à radier l'appel formé contre un jugement ayant fait l'objet d'une exécution provisoire qui n'a pas été respectée.

En cas de **restrictions** apportées à l'exercice du droit d'accès à la justice, la Cour Européenne des droits de l'homme, la CJUE et le Conseil constitutionnel se livrent à un contrôle de proportionnalité. La limite au droit d'accès à la justice doit être justifiée par un motif légitime, les moyens doivent être proportionnés au but poursuivi et, en tout état de cause, il ne doit pas y avoir d'atteinte à la substance même du droit.

Ex 1 : un délai trop bref, par exemple, pourrait être jugé comme une atteinte excessive à la substance même du droit.

Ex 2 : l'immunité pure et simple de certaines personnes est aussi un obstacle à l'accès au droit qui peut être validé.

Des mécanismes de filtrage à l'accès au SP de la justice existent : Ex de l'ADLCJ depuis l'affaire CESAREO du 7 juillet 2006.

B – l'égalité, la garantie d'un accès effectif à la justice.

Le droit d'accès à la justice est étroitement lié au fonctionnement du SP de la justice. Cette mission de SP de la justice a été expressément consacrée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 19 février 1998.

Parmi les **principes du service public** se trouve en bonne place le principe d'égalité. Il existe un droit égal à être jugé.

Ce principe d'égalité a également été consacré par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 23 juillet 1975 qui intègre le principe d'égalité devant la justice au principe d'égalité devant la loi proclamée par la DDHC de 1789.

En vertu de ce principe, tous les justiciables dans une situation identique ont le droit d'être jugés par les mêmes tribunaux. En outre, les règles aussi bien substantielles que processuelles doivent être identiques.

Dans cet esprit, pour être jugé de manière égale par les juges du fond, une **juridiction supérieure** doit être mise en place afin d'assurer l'unité du droit. Telle est l'une des fonctions du C.E pour les juridictions administratives, et de la Cour de Cassation, pour les juridictions judiciaires.

Les inégalités économiques, intellectuelles ou sociales, peuvent être la source d'une inégalité dans la protection des droits. Pour faciliter un accès égal à la justice, certaines mesures spécifiques ont pu être prises comme **l'action de groupe** ;

L'article L 423-1 du Code de la consommation dispose ainsi « *qu'une association de défense des consommateurs, représentative au niveau national et agréée en application de l'article L 411-1 peut agir devant une juridiction civile afin d'obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles* ».

L'action de groupe a été étendue par la loi du 26 janvier 2016 aux produits de santé. Se prépare une extension de l'action de groupe en matière de discrimination, y compris devant les juridictions administratives. Le projet de loi a été adopté le 5 novembre 2015.

II – l'accès au droit au service de l'accès à la justice

A – accessibilité et intelligibilité du droit au service de l'égalité devant la justice.

Par l'accès au droit, il s'agit d'offrir aux sujets de droit et aux justiciables les meilleurs moyens de faire valoir leurs droits.

1 – l'accessibilité du droit

L'accessibilité du droit est un idéal. L'inaccessibilité du droit est un fait. Partant de cet état de fait et devant la complexité croissante du droit, tout est mis en œuvre pour faciliter l'accessibilité du droit et compenser le mythe selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi ».

Pour faciliter l'accès au droit, il faut que le sujet de droit soit au plus près du droit.

L'essentiel des informations recherchées doit pouvoir être retrouvé dans un lieu sinon unique, du moins le moins dispersé possible. Le processus de codification satisfait à ces objectifs.

Au delà de la codification, les « lieux » du droit mis en place au service de l'accès au droit sont si nombreux qu'ils ne pourraient faire l'objet que d'une simple énumération. Si on se limite aux cas les plus typiques, beaucoup de ces lieux, tout d'abord, profitent des nouvelles technologies qui sont aujourd'hui mises au service de l'accès au droit.

Ex : légifrance

La multiplication des acteurs-relais : Défenseur des droits / conseils départementaux de l'accès au droit.

Les soutiens d'ordre financier : parmi les moyens financiers mis en place, le plus important reste l'aide juridique au sens large, créée par la loi du 10 juillet 1991, qui dépasse la seule aide juridictionnelle. Selon l'article 1^{er} de la loi, modifiée par la loi du 23 juin 1999 « l'aide juridique comprend l'Aide juridictionnelle, l'aide à l'accès au droit et l'aide à l'intervention de l'avocat au cours de la GAV et en matière de médiation pénale et de la composition pénale ».

2 – l'intelligibilité du droit

- motivation et accès au droit : afin que les sujets de droit puissent accéder pleinement au droit et à leurs droits, encore faut-il qu'ils en comprennent le sens. En ce sens, la motivation des actes juridiques contribue à cette meilleure compréhension des destinataires de la règle.

On ne cesse aujourd'hui de reprocher aux décisions de justice leur manque de motivation, spécialement en matière pénale. Bertrand Louvel a mis en place depuis septembre 2015 une commission de réflexion pour améliorer la motivation des décisions de justice.

Progressivement, la motivation est devenue, dans la JP de la CEDH, une composante du droit à un procès équitable.

Autre exemple : Laurent Fabius a décidé récemment de mettre à disposition chaque année un rapport sur les décisions de l'année du Conseil constitutionnel.

B – les nouvelles traductions du principe d'égalité face au SP de la justice

La loi pour la modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle va dans le sens d'un meilleur accès à la justice et d'un renforcement dans l'égalité face au SP de la justice. Le Conseil constitutionnel a validé le 17 novembre 2016 la loi.

Exemples :

- **nouvelle procédure pour le PACS** : l'enregistrement des PCAS est transféré aux officiers d'état civil en mairie et ne se fait plus auprès du greffe du TI. Les tribunaux d'instance peuvent être moins accessibles géographiquement que les mairies.
- **Une nouvelle procédure pour le changement de sexe à l'état civil** : une procédure a été créée avec des critères plus souples mais soumis à l'appréciation d'un juge qui, en tout état de cause, ne pourra refuser de faire droit à une demande pour un motif médical. La loi de modernisation de la justice du 21^{ème}

siècle prévoit une procédure de changement de sexe totalement démedicalisée : la personne n'aura plus à prouver qu'elle a subi préalablement un traitement médical ayant pour effet de rendre irréversible son changement de sexe. La demande sera faite auprès du TGI. La personne apportera tous les éléments de preuve au soutien de sa demande.

- **une nouvelle procédure pour le changement de prénom** : le changement de prénom se fait désormais auprès d'un officier d'état civil, non plus après du juge aux affaires familiales d'un TGI.
-
- **Une nouvelle procédure pour le divorce par consentement mutuel** : Alors que 99,9% des conventions de divorce par consentement mutuel étaient homologuées par le JAF, la convention de divorce sera désormais directement déposée chez un notaire, et non plus soumise à l'homologation par le Juge. Les deux époux ont désormais recours chacun à un avocat pour l'élaboration de la convention de divorce, ce qui permet de s'assurer du respect des intérêts de chacun d'eux et de l'absence de pression d'un époux sur l'autre. Chaque époux dispose d'un temps de réflexion de 15 jours pour signer le projet de convention élaboré par les avocats.
- **le lancement de justice.fr, site unique du justiciable : portail unique pour connaître ses droits et s'informer** de toutes les démarches auxquelles peut être confronté un justiciable.
- **Création d'un socle commun pour les actions de groupe** : ce socle définit les règles procédurales applicables à tous les secteurs dans lesquels des actions de groupe sont déclinées. 5 secteurs sont désormais prévus :
 - **santé**
 - **discriminations**
 - **discriminations au travail**
 - **environnement**
 - **traitement des données personnelles numériques.**

L'action de groupe est un recours collectif par lequel les victimes d'un même litige peuvent se faire représenter par une association du secteur concerné, de la constitution du groupe jusqu'au jugement au TGI.

Pour qu'une action de groupe soit mise en œuvre, plusieurs critères doivent être remplis :

- **plusieurs PP sont placées dans une situation similaires (litiges sériels).**
 - Ces personnes ont subi un dommage
 - Le dommage a été causé par une même personne
 - Le dommage a été causé suite à un manquement à des obligations légales ou contractuelles.
- **création d'un statut pour le JLD** : la fonction du JLD est désormais une fonction statutaire. Ainsi, à compter du 1^{er} septembre 2017, il sera nommé à ces fonctions par décret après avis conforme du CSM. **L'objectif poursuivi par le législateur est de renforcer ses garanties statutaires ainsi que les garanties pour le justiciable face à l'importance des missions de protection des libertés individuelles de ce juge.** Autrement dit, les JLD deviennent des juges « spécialisés », tout comme les juges d'instruction, les juges des enfants et les JAP.

Les compétences du JLD sont d'envergure : en matière de détention provisoire (qu'il peut ordonner et prolonger), comme en matière de protection de la liberté individuelle (il peut autoriser certaines perquisitions ou prolongations de GAV).

14 – Quelles sont les garanties que contient le droit à un procès équitable

les diverses procédures, distinctes les unes des autres en ce qu'elles portent sur des objets différents, affichent néanmoins des standards communs.

Le principe de la contradiction, qui irrigue toute procédure, en est l'exemple fondamental. Mais il en est d'autres, tels celui du droit d'accès à un tribunal ou encore, de l'exigence de l'indépendance comme d'impartialité de la juridiction appelée à statuer.

Il n'est pas indifférent de relever que près d'un arrêt sur deux rendu par la CEDH vise le droit à un procès équitable, « critère majeur de tout Etat de droit », et que bon nombre de condamnations prononcées le sont, spécialement, au regard de la durée des procédures.

Pour renforcer l'efficacité du système européen, **deux protocoles additionnels** amendant la Convention sont en cours de signature et ratification :

- le premier d'entre eux, le **protocole 15** fait référence au **principe de subsidiarité** afin de rappeler, d'une part, que les droits de l'homme sont une responsabilité partagée des Etats membres et, d'autre part, que lesdits Etats jouissent d'une marge d'appréciation...sous le contrôle de la Cour de Strasbourg. Ce protocole vise aussi à réduire à 4 mois (actuellement 6), le délai de saisine de la Cour après une « décision nationale définitive » et à amender le critère de recevabilité concernant le « préjudice important » en supprimant la seconde condition empêchant le rejet d'une affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne.
- quant au **protocole n° 16**, il vise à permettre aux hautes juridictions des Etats parties d'adresser des demandes d'avis consultatif

l'article 6 de la CEDH est intitulé « droit à un procès équitable ». L'équité dont il est question ne renvoie pas au concept de « juste » mais à celui « d'équilibre ».

La Charte des droits fondamentaux de l'UE, qui parle en son **article 47 du droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, intitule pour sa part ce texte** : « droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial ».

Le droit à un procès équitable doit disposer d'un domaine d'application étendue. Il s'appuie dès lors sur des garanties propres à la dimension institutionnelle de l'intervention du juge (I) et à des garanties plus directement liées à l'exercice de la défense (II)

I – les garanties institutionnelles du droit à un procès équitable

A – le domaine du droit à un procès équitable

Une obligation positive à la charge des Etats membres : la marge d'appréciation des Etats est particulièrement réduite en la matière : « *sauf cas exceptionnel relevant de l'art. 15 (dérogation en cas d'état d'urgence), l'Etat doit prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer le bon fonctionnement de la justice* ».

L'expression qui résulte du texte de l'article 6 a une portée propre. Elle est entendue

largement par la Cour de Strasbourg. De sorte que ce qui pouvait apparaître comme constituant une garantie d'ordre formel se révèle former un véritable droit substantiel.

La JP européenne avait initialement déclaré l'Art. 6 inapplicable à la fonction publique. De même, le contentieux fiscal et plus généralement tout ce qui ressort du « noyau dur des prérogatives de la puissance publique ». Ceci étant, depuis l'arrêt CEDH, 1999 « PELLEGRIN C/France », la Cour admet que le fonctionnaire relève de l'application du texte, du moins, pour peu qu'il ne soit pas question de prérogatives discrétionnaires de l'administration.

B – les garanties institutionnelles

1 – la cause doit être entendue publiquement :

la Convention permet à toute personne d'assister à n'importe quelle audience. La publicité n'a pas à être présente dans tous les aspects de la procédure et spécialement, la confidentialité des communications entre les personnes suspectes et leurs avocats constitue un autre aspect tout aussi « essentiel du droit à un procès équitable ».

Le principe de la publicité des audiences est relatif : il connaît un certain nombre d'exceptions. Les débats peuvent parfois se tenir hors la présence du public, en « Chambre du Conseil » ou à « huit clos ».

2 – la cause doit être entendue dans un délai raisonnable

Parmi les critères utilisés pour dépister le délai déraisonnable du jugement, se trouvent des éléments aussi variés que les faits de l'espèce et surtout la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes, ainsi que l'enjeu du litige pour l'intéressé.

3 – la cause doit être entendue par un tribunal indépendant et impartial.

L'indépendance fait la force principe de la justice (Cornu). La juridiction doit juger par elle-même et ne pas abandonner son pouvoir d'appréciation au profit d'une autre autorité.

Un juge doit exercer sa mission en liberté.

- le juge ne doit pouvoir recevoir d'ordres de personne, ce qui tient à son statut et impose une indépendance objective à l'égard de l'Etat qui l'emploie, de ses collègues, des parties au litige comme des tiers
- un juge ne peut être véritablement indépendant que s'il apparaît comme tel aux yeux du justiciable.

II – les garanties fonctionnelles du droit à un procès équitable

Cf Art ; 6§3

A – la possibilité de prendre utilement part à l'audience

Pouvoir prendre utilement part à l'audience suppose d'être averti de sa tenue et de

pouvoir participer personnellement ou par l'intermédiaire d'un défenseur.

1 – les informations à communiquer.

De deux types :

- tout d'abord, dès l'introduction de l'instance, chaque partie doit être informée du procès qui lui est fait.

Cf Art. 14 du CPC : « nulle partie ne peut être jugée sans avoir été appelée ».

Hypothèses dans lesquelles la partie ne sera pas informée du procès qui lui est fait :

- avec la procédure sur requête, un plaideur peut, le cas échéant, obtenir du juge une décision contre son adversaire sans que celui-ci ait été mis en mesure de faire valoir sa défense (CPC, Art. 493) . Le président de la juridiction peut ainsi prononcer une décision à l'insu d'une partie chaque fois que l'efficacité de la mesure sollicitée suppose un effet de surprise. Ex : constat d'adultère
- autre hypothèse : relève de la procédure par défaut : lorsque le défendeur qui n'a pas été cité à personne et ne comparaît pas et que l'affaire est jugée en premier et dernier ressort, le juge est néanmoins en droit de rendre sa décision. Le défendeur, non avisé personnellement pourra, par le biais d'un recours spécifique (l'opposition), faire rétracter le jugement rendu par défaut en remettant, en question, devant la même juridiction, les points déjà jugés afin qu'il soit statué à nouveau en fait et en droit (CPC, Art. 571).

2 – l'égalité des armes

B – le régime des preuves

Le droit de présenter librement ses preuves implique que chaque partie puisse librement discuter les preuves qui lui sont opposées par l'adversaire. Mais dans cette discussion, seules les preuves obtenues loyalement devraient pouvoir être présentées au juge.

1 – la libre discussion des preuves

Il en résulte que chaque partie doit pouvoir rapporter des preuves contraires à celles présentées par l'adversaire.

Chaque partie doit pouvoir interroger les témoins et donc être confrontée à ses accusateurs à un moment ou à un autre de la procédure

2 – la loyauté des preuves

Ce sont essentiellement les preuves obtenues à la suite de provocations policières qui ont été condamnées au titre de l'obligation de loyauté, consacrée dans la réunion policière des preuves.

Aujourd'hui, « l'équité du procès est étroitement liée à sa loyauté ». Ainsi, les stratagèmes destinés à provoquer la commission de l'infraction ne peuvent être pris en compte par le juge.

En revanche la chambre criminelle a jugé qu'aucune disposition légale ne permettant au juge répressif d'écarter les moyens de preuve produits au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou déloyale, il appartient seulement à ce juge d'en apprécier la valeur probante après les avoir soumis à la discussion contradictoire.

Crim, 11.6.2002 l'espèce concernait la pratique du **testing** qui consiste, sous constat d'huissier, pour de simples particuliers d'origines différentes, à se présenter à l'entrée d'une discothèque, à postuler à un emploi ou encore à solliciter un logement pour vérifier si la sélection opérée n'est pas discriminatoire. Cette pratique n'est pas une provocation puisqu'aucun stratagème actif n'est utilisé, les personnes ne font que se présenter à l'entrée de l'établissement, postuler à un emploi ou solliciter un logement. Elle a été validée compte tenu de la difficulté de preuve du mobile discriminatoire.

Certains la contestent, car si la finalité est incontestablement positive (lutter contre le racisme), un Etat de droit peut-il « admettre que la fin puisse justifier les moyens, surtout en matière probatoire » ? la loyauté semble sacrifier sur l'autel de l'efficacité des procédures.

15 – Existe-t-il un droit à ne pas travailler ?

La liberté du travail traduit une forte revendication d'autonomie et la conviction que tout homme doit être reconnu comme pleinement capable de choisir son destin. Elle peut aussi justifier l'ascendant et la domination d'une personne sur une autre si la liberté de l'une et de l'autre ne s'ancrent pas dans une égalité réelle.

I – le droit de ne pas travailler pour des revendications collectives

Le droit de ne pas travailler pour des revendications collectives fait référence au droit de grève. Il convient d'étudier les conditions de la grève (A) et les effets de la grève (B)

A – les conditions de la grève

Liberté individuelle de cesser le travail qui s'exerce de manière collective et concertée en vue d'appuyer des revendications professionnelles.

Le droit de grève fait l'objet d'une protection spéciale en droit interne :

- L 2511-1 et s. C.T
- L 431-1 du C.Pénal sanctionne « le fait d'entraver, d'une manière concertée et à l'aide de menaces, l'exercice de la liberté d'expression, du travail, d'association, de réunion ou de manifestation est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

1 – conditions de fond

Tout salarié est titulaire du droit de grève mais il doit l'exercer collectivement. Il existe toutefois deux exceptions

- lorsque le salarié est le seul salarié d'une entreprise
- lorsqu'il participe à un mouvement d'ampleur nationale.

Néanmoins, le droit de grève n'a pas de caractère absolu : des interdictions générales ou ponctuelles sont concevables lorsqu'un intérêt supérieur l'impose comme pour les « fonctionnaires exerçant des fonctions d'autorité au nom de l'Etat ».

Dans le secteur public, **le principe de continuité** du service public à valeur constitutionnelle justifie « l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays ».

Dans les autres domaines, la restriction du droit de grève passe par l'instauration d'un « **service minimum** » pour les agents dont la présence est indispensable au fonctionnement d'un service assurant la protection de la santé et la sécurité des personnes ou la liberté des usagers.

Comme tout droit, la grève peut théoriquement faire l'objet d'un abus. L'abus peut notamment se définir comme le détournement d'un droit de sa finalité. En droit interne, le contrôle de l'abus du droit de grève est délicat en ce que le juge ne contrôle pas le caractère raisonnable des revendications ; il ne peut substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité ou le bien fondé des revendications.

2 – conditions de forme

Dans le secteur privé :

L'exercice du droit de grève n'est soumis à aucun formalisme, sauf dispositions légales contraires. Afin d'assurer un équilibre au sein des entreprises, la Cour européenne admet qu'un Etat puisse imposer le respect d'une procédure encadrant l'exercice du droit de grève comme un préavis informant de la durée et du moment précis.

En droit interne, le moment de la grève est libre dans le secteur privé : « une convention collective ne peut avoir pour effet de limiter ou de réglementer pour les salariés l'exercice du droit de grève constitutionnellement reconnu » ; « seule la loi peut créer un délai de préavis de grève s'imposant à eux » (Cass. Soc. 6 Juin 1995 « SA TRANSPORTS SEROUL »).

Dans le secteur public :

Afin de concilier le droit de grève avec le **principe de continuité du service public**, la loi impose le respect d'un **préavis de 5 jours** déposé par un syndicat représentatif.

L'absence de négociation préalable dans le service public du transport terrestre de voyageurs rend le préavis irrégulier et partant, le mouvement illicite, peu important qu'ils soit national et que l'employeur aurait eu le temps d'entamer les négociations.

B – les effets de la grève

1 – protection des salariés

La grève suspend les obligations réciproques des parties au contrat de travail : aussi le salarié n'a pas à fournir sa prestation de travail ; l'employeur n'a pas à verser le salaire.

Selon l'article L 2511-1 al 2. C.T, l'exercice du droit de grève ne peut donner lieu à aucune mesure discriminatoire, notamment en matière de rémunération. Est ainsi discriminatoire, l'attribution par l'employeur d'une prime aux salariés selon qu'ils ont participé ou non à un mouvement de grève (Cass. soc. 1.6.2010).

L'exercice du droit de grève ne peut, en principe, faire l'objet d'une sanction « de nature à dissuader » la participation « légitime à de telles actions » (CEDH, 12.11.2008).

En France, **sauf faute lourde de grève**, les sanctions disciplinaires prises à l'encontre du gréviste sont nulles de plein droit. Pour la Cour de Cassation, la nullité du licenciement d'un salarié n'est pas limitée au cas où le licenciement est prononcé pour avoir participé à une grève mais qu'elle s'étend à tout licenciement prononcé à raison d'un fait commis au cours de la grève et qui ne peut être qualifié de faute lourde. **Il en résulte qu'un salarié ne peut être sanctionné en raison d'un fait commis à l'occasion de la grève.** Le licenciement prononcé hors démonstration d'une faute lourde, est, de plein droit, entaché de nullité.

Souvent, **la faute lourde de grève** est constatée lorsqu'une infraction pénale est reconnue. Ainsi en est-il :

- la séquestration de l'employeur
- la dégradation des biens de l'entreprise
- l'atteinte à la liberté du travail des non-grévistes
- la désorganisation non pas de la production mais de l'entreprise
- la mise en danger délibérée d'autrui.

A titre d'illustration, l'art. 431-1 du Code pénal, en son alinéa 1^{er} , condamne le fait

d'entraver, de manière concertée et à l'aide de menace, l'exercice de la liberté du travail. La faute lourde tirée de l'atteinte à la liberté du travail suppose que les grévistes aient volontairement « empêché les salariés non-grévistes et les clients d'accéder au magasin de l'employeur ».

2 – protection de l'entreprise.

La grève est parfois l'occasion d'infractions commises par les grévistes, à commencer par **le délit d'atteinte à la liberté du travail**.

En principe, l'obligation première de l'employeur est de fournir au salarié le travail convenu au salaire convenu selon les termes du contrat de travail. En cas de grève, la fermeture de l'entreprise, utilisée à titre préventif ou comme riposte par l'employeur, est illicite, car elle conduit l'employeur à manquer à son obligation de fourniture de travail à l'égard des non-grévistes et **constitue une entrave à l'exercice du droit de grève**.

L'Etat est en droit de prendre des mesures de réquisition afin de faire prévaloir l'intérêt général.

L'autre limitation de la grève dans les services publics concerne l'instauration d'un service minimum afin de garantir le PVC de « continuité du service public », dont le respect s'impose sous peine de sanction.

Un service minimum peut être instauré soit par l'autorité administrative compétente, soit directement par la loi (transport terrestre, sécurité aérienne, service d'accueil des enfants).

Lorsque l'autorité administrative compétente décide de mettre en place un service minimum, **les décisions de cette autorité ne doivent pas porter une atteinte au droit de grève non justifiée par les nécessités du bon fonctionnement des services publics**. Un double contrôle de légitimité et de proportionnalité est opéré.

L'acte pris doit se révéler nécessaire au regard des services pour lesquels la continuité est indispensable. Les raisons peuvent être multiples :

- raisons de sécurité : ex : SP de la distribution de l'électricité
- raison de santé : ex : établissement de soins
- raisons d'intérêt national : ex : fonctionnement des services de la surveillance de la DG des douanes ..
- raisons financières ou économiques.

II – le droit de ne pas travailler pour des convictions individuelles

A – l'interdiction du travail forcé, la prohibition des engagements perpétuels et le libre choix de son activité professionnelle

1 – l'interdiction du travail forcé

le droit de refuser un travail se justifie d'abord par la prohibition de toute forme de travail forcé.

On en déduit que personne ne sera tenu de répondre à une offre d'emploi, à fortiori d'émettre une offre de services.

Parce que le travail (au sens d'activité) est consubstantiel à la personne, sa fourniture implique fortement l'individu. Toute obtention forcée du travail porte donc une atteinte

majeure à l'intégrité physique et psychique du sujet.

Toute pression plus lourde est par conséquent interdite. Différents textes supranationaux prohibent ainsi le travail forcé, défini par certains d'entre eux comme « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne se sera pas offert de son plein gré (Convention de l'OIT)

Il en va ainsi lorsqu'une personne, mineure à l'époque des faits, a travaillé contre son gré, durant des années, pour le compte d'un couple, et n'a perçu pour cela aucune rémunération, alors qu'elle était en situation irrégulière dans un pays étranger, et craignait d'être arrêtée par la police, le couple entretenant d'ailleurs cette crainte et lui faisant espérer une régularisation de sa situation (CEDH, 2^{ème} SECTION, 26.7.2005 X C/France »

Par ailleurs, l'article 225-13 du Code pénal punit de 2 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende « le fait d'obtenir d'une personne, en abusant de sa vulnérabilité ou de sa situation de dépendance, la fourniture de services non rétribués ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli ».

2 – le droit de mettre fin unilatéralement à une relation de travail subordonnée

Parce que le travail doit être librement fourni, chacune des parties au contrat dispose du droit de s'extraire de la relation de travail.

Il existe cependant une différence entre celui qui refuse de travailler et celui qui refuse de continuer à travailler : contrairement au premier, le second est contractuellement engagé.

Le droit de ne plus travailler se justifie aussi, par la nécessité de limiter la subordination juridique du salarié : du fait de l'engagement de la personne, la licéité de la subordination dépend de sa relativité, si bien que la subordination ne saurait être ni totale ni définitive.

Le droit de démissionner : en raison de ses conséquences (absence d'indemnisation, exclusion du bénéfice des prestations de l'assurance chômage), la démission fait l'objet d'une surveillance particulière des juridictions et l'on peut considérer que le champ de la démission comme mode de rupture du contrat de travail à durée indéterminée par le salarié s'est réduit comme peau de chagrin au cours des dernières années.

3 – le libre choix de son activité professionnelle :

le droit de choisir librement son activité participe d'une logique libérale tant sur le plan économique que sur le plan politique.

Politiquement, le droit de choisir librement son activité est perçu comme l'une des libertés individuelles essentielles dans un système démocratique. Il justifie les dispositions prohibant les discriminations en matière d'emploi (race, religion, opinion, croyances, sexe, situation de famille, mœurs..) ; choisir son activité, c'est, notamment, être recruté sur la seule considération de ses compétences et aptitudes professionnelles.

B – les limites au droit à ne pas travailler

Limites au droit de cesser le travail : le droit du salarié de cesser le travail peut parfois être contredit par des clauses contractuelles et spécialement par la **clause de dédit-formation**. Insérée dans un contrat de travail, cette clause oblige un salarié ayant bénéficié d'une formation financée facultativement par son employeur à rembourser à ce dernier tout ou partie des frais exposés, s'il démissionne avant l'expiration d'un certain délai.

Le décret d'Allarde prévoyait déjà la possibilité de restreindre, par des règlements de police, la liberté de choisir son activité. Aujourd'hui encore, des restrictions d'accès au travail ou d'accès à certains emplois sont prévus par des textes spéciaux :

Le Code du travail fixe ainsi un âge minimum d'accès au travail, de nombreuses dispositions légales établissent les conditions d'entrée, de séjour et d'autorisation de travail des étrangers non ressortissants communautaires (L 5221-2 et s. C.T)

Dans quelle mesure une personne peut-elle exercer librement son droit de ne pas travailler ? Existe-t-il une obligation ou un devoir de travailler ou de rechercher un travail ? le devoir de travailler irait-il jusqu'à permettre de contraindre la personne à accepter n'importe quel travail ? faut-il conditionner l'accès aux aides, à un travail ou à une recherche de travail ?

Obligation d'accepter un emploi et obligation de rechercher un emploi : le droit au revenu de remplacement servi aux personnes à la recherche d'un emploi s'éteint ou se réduit selon les cas mentionnés à l'article L 5412-1 du C.T

S'il est toujours possible de refuser un emploi objectivement conforme à ses aptitudes et à sa situation, ce refus entraîne des conséquences financières dont la perspective est de nature à exercer une pression certaine sur la volonté.

Droit à la paresse ? Nul texte ne le proclame, et chacun sait l'importance du travail comme élément structurant de la société et sans doute de l'individu.

L'idée d'un véritable droit à la paresse apparaît dès lors utopique mais au pu être théorisée par P.Lafargue

Si le droit à la paresse n'est pas juridiquement reconnu, certaines dispositions reconnaissent le droit de ne pas travailler ou en tout cas le droit de ne pas travailler à n'importe quelles conditions, le droit du salarié de se retirer d'une situation dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé (c'est le **droit de retrait** de l'article L 4131-1 du C.T) ainsi que la possibilité de prendre acte de la rupture du contrat de travail et de faire juger cette rupture sans cause réelle ni sérieuse en présence d'un manquement de son employeur à ses obligations (non-paiement de la rémunération, violation des règles de sécurité).

16 – le droit au logement : mythe ou réalité ?

Le « logement » a d'ailleurs pour caractéristiques d'intéresser différentes matières juridiques, qu'il s'agisse :

- **du droit civil** avec notamment le contrat de bail ou la protection du logement familial
- **du droit du travail** lorsque le salarié peut exiger de son employeur un logement en raison de la profession exercée ou de la nature de l'activité
- **du droit pénal** avec le délit spécifique de « squat » prévu à l'article 226-4 du Code pénal
- **du droit administratif** lors du concours de l'Etat pour le financement de logements locatifs
- **du droit constitutionnel** avec les diverses décisions du CConsti qui ont déterminé la valeur conférée au droit au logement.

De tels intérêts sont parfois expressément sauvegardés par la Constitution de certains Etats membres de l'UE.

A l'inverse, la singularité française réside dans l'absence d'une proclamation expresse d'un droit au logement au sein de la Constitution du 4 octobre 1958 ou du préambule de celle de 1946,

Il en est de même au niveau international : les textes qui effectuent une référence au logement ne consacrent pas prioritairement sa protection juridique.

Cette absence de proclamation expresse peut également être constatée en droit européen : certes, l'article 8§1 de la CEDH affirme que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile », a été invoqué par la Cour européenne des droits de l'homme .

Attention : le droit à l'hébergement se distingue du droit au logement par son **caractère urgent et provisoire**. Il vise à éviter que des personnes se retrouvent à la rue suite à leur expulsion ou à la destruction de leur logement. L'article 345-2-2 du Code de l'action sociale et des familles fonde sur la **dignité humaine** ce droit d'accéder à un hébergement.

Certaines dispositions législatives ont affirmé l'existence d'un droit fondamental à l'habitat ou au logement, mais aussi plus récemment un droit à un logement décent. Ces affirmations solennelles ne doivent pas laisser penser qu'existe une uniformité de conceptions de ce « droit au logement ». Certains textes ont eu pour objectif de déterminer les relations spécifiques qui régissent le logement, notamment celles entre bailleur et preneur ou celles qui concernent les relations familiales. (I)

De plus, la protection du logement a été consacrée au sein d'une réglementation à caractère social et pour laquelle le critère pris en considération réside dans la reconnaissance par les pouvoirs publics d'un droit à une aide pécuniaire de la collectivité. Le droit au logement apparaît comme la manifestation d'une politique sociale

I- la reconnaissance d'un droit au logement par la loi

A – le droit au logement conféré au preneur

1 – l'affirmation législative du droit au logement

Lors de l'adoption de deux textes, les articles 1^{er} des lois du 22 juin 1982 et du 6 juillet 1989, le législateur a affirmé respectivement le « droit à l'habitat » et, de manière plus classique, « le droit au logement » comme « droit fondamental ».

Droit au logement et considérations pécuniaires : en premier lieu, la prise en compte des intérêts pécuniaires du locataire se manifeste dès lors que sont analysées les différentes dispositions relatives à la fixation des loyers. Cette dernière, si elle était effectuée avec un montant prohibitif, aurait pour effet d'écarter toute faculté, pour le locataire, d'obtenir un logement ou même de rester dans l'appartement loué.

Avant la réforme en date du 24 mars 2014 (LOI ALUR), le principe de la liberté contractuelle s'imposait pour le secteur dit libre, lorsque le logement était neuf ou vacant mais rénové. A l'inverse, pour le secteur dit de liberté surveillée, lorsque les locataires se succédaient sans amélioration apportée au logement, l'article 17-b de la loi du 6 juillet 1989 indiquait que le loyer devait être fixé « par référence aux loyers habituellement constatés dans le voisinage pour des logements comparables ».

Depuis l'entrée en vigueur de la loi ALUR, il convient de distinguer les modalités de détermination des loyers en fonction des zones concernées. Certaines sont qualifiées de zones « tendues », « d'urbanisation continue de plus de 50 000 habitants où il existe un déséquilibre marqué entre l'offre et la demande de logements, entraînant des difficultés sérieuses d'accès au logement sur l'ensemble du parc résidentiel existant » selon les termes de l'article 17 I de la loi du 6 juillet 1989.

Droit au logement et renouvellement du contrat de bail : l'article 10 de la loi du 6 juillet 1989 ont consacré un *droit au renouvellement du contrat de bail*, texte qui permet la continuation de la relation contractuelle dans des conditions susceptibles d'être modifiées. Depuis l'adoption de la loi du 24 mars 2014, l'article 17-II de la loi du 6 juillet 1989 énonce qu'en dehors de zones « tendues », le bailleur ne peut proposer une augmentation du loyer que s'il est « manifestement sous évalué ».

Le preneur d'un bail d'habitation exclusivement bénéficie d'une protection supplémentaire, un droit à la conservation du logement, proche de dispositions favorables à son maintien dans le logement. L'objectif est plus spécialement de limiter les mises en œuvre de procédures d'expulsion en cas de non-paiement des loyers, en favorisant la saisine des services sociaux à titre préventif.

2 – les conséquences des affirmations textuelles

le droit du preneur à un logement décent : décret du 30 janvier 2002 : ce texte prévoit que le logement doit disposer notamment d'un chauffage et d'équipements sanitaires et électriques aux normes de sécurité, de pièces principales bénéficiant de l'« éclairage naturel » ou enfin d'un bon état d'entretien et de solidité afin de protéger les locaux contre les éventuels dégâts des eaux.

Conformément aux dispositions prévues par la loi du 6 juillet 1989, le non-respect de cette décence doit être sanctionné, en principe, par la possibilité pour le locataire de demander au propriétaire une mise en conformité, sans qu'il soit porté atteinte à la

validité du contrat.

Ex jurisprudentiels : des bailleurs ont été sanctionnés pour non-respect de leur obligation de délivrer un logement décent, d'ordre public, pour avoir loué des lieux dépourvus d'appareil de chauffage (Civ 3^{ème}, 4 Juin 2014) ou doté d'une surface habitable inférieure à 9m² (Civ 3^{ème}, 17 Décembre 2015).

B – le droit au logement conféré à un membre du couple

1 – le logement avant la dissolution du couple

Protection du logement et cotitularité du bail : l'article 1751 du C.Civ depuis la loi du 4 août 1962 a d'abord consacré le principe d'une **cotitularité du droit au bail**. Quel que soit le régime matrimonial, le bail du local d'habitation de la famille est commun « réputé appartenir à l'un et l'autre époux », même s'il n'a été signé que par un seul des époux ou avant le mariage.

Cette règle, protectrice des intérêts du conjoint pendant le mariage, a pour conséquence immédiate l'impossibilité de résilier le contrat sur l'initiative d'un seul des époux .

Protection du logement des couples mariés : l'article 215 al 3 depuis la loi du 13 juillet 1965 a ensuite affirmé le principe de cogestion des droits des époux dans le logement à titre principal dont ils sont non seulement locataires, mais aussi propriétaires : ils « ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni ».

2 – le logement après la dissolution du couple :

Dissolution du couple en raison d'une séparation : la détermination de l'occupation du logement familial au cours de l'instance en divorce constitue un point essentiel abordé lors de l'audience de conciliation.

Dissolution du mariage lié à un décès : les réformes du droit des successions ont profondément modifié la matière en conférant des droits spécifiques au conjoint survivant.

S'il s'agissait d'un contrat de bail, le conjoint survivant pouvait bénéficier de la cotitularité du contrat et rester dans le logement familial après le décès. Cette règle a été confirmée par la loi du 3 décembre 2001 dont l'article 14 a permis l'introduction d'un nouvel alinéa à l'article 1751 al 3 du C.Civ qui dispose : en cas de décès de l'un des époux, mais aussi du partenaire lié par un acte civil de solidarité depuis l'entrée en vigueur de la loi du 24 mars 2014, le conjoint ou le partenaire survivant, cotitulaire du bail, dispose d'un droit exclusif sur celui-ci sauf s'il y renonce expressément.

Certaines difficultés ont pu apparaître dès lors que le logement familial n'était pas loué mais résultait d'un titre de propriété.

- Avant la loi du 3 décembre 2001 : deux situations devaient être distinguées :
 - 1 – si le conjoint survivant avait la qualité de propriétaire de l'immeuble pour le tout, mais aussi en partie, une demande d'attribution préférentielle de la part de propriété du défunt sur le bien était nécessaire
 - 2 – la difficulté résidait, en second lieu, dans l'hypothèse inverse qui supposait que le défunt était le seul propriétaire du logement familial. Ce dernier pouvait certes effectuer une libéralité portant sur l'usufruit du logement familial au bénéfice de son conjoint, mais les droits de ce conjoint n'étaient pas garantis.

- cette situation a été modifiée par la réforme de décembre 2001 considérée comme un prolongement à l'évaluation plus large de la **notion de droit fondamental au logement** : que ce dernier soit propre au défunt ou commun aux époux, de nouvelles dispositions confèrent des prérogatives spécifiques au conjoint qui occupe, à titre d'habitation principale, le logement. Il bénéficie d'une part d'un droit temporaire d'ordre public, d'un an, à la jouissance gratuite de ce logement familial, l'éventuel loyer à payer étant remboursé par la succession (Art. 763 C.civ). , d'autre part de la faculté de solliciter la mise en œuvre d'un droit viager d'habitation du logement familial, dès lors que le défunt ne l'as pas privé de l'exercice de ce droit par testament conclu devant notaire.

II – le droit au logement, manifestation d'une politique sociale

A – les affirmations d'une politique sociale en matière de logement

Le législateur définit la politique nationale du logement et ce sont les collectivités qui sont chargées de la mettre en œuvre. Le droit au logement peut alors réduire le principe de libre administration des collectivités locales qui se voient imposer des mesures par l'Etat.

L'obligation faite aux communes de plus de 3500 habitants d'avoir au moins 20% de logements sociaux sous peine de prélèvement fiscal est un échec partiel. Dans la région PACA, 60% des communes n'ont pas respecté cette obligation et, lorsqu'elle est respectée, cette mesure conduit à une concentration des difficultés dans un espace donné. C'est la raison pour laquelle une nouvelle loi, la loi ALUR pour **l'accès au logement et un urbanisme rénové** a été votée récemment.

La pierre angulaire de l'effectivité du droit au logement décent opposable est la loi DALO du 5 mars 2007 qui fait passer le droit au logement d'un simple objectif constitutionnel à un droit dont le respect peut être imposé par un recours juridictionnel.

A défaut d'offre de logement dans le délai imparti, le demandeur est fondé à saisir la juridiction administrative pour faire ordonner son logement ou son relogement. La procédure, simplifiée, doit déboucher dans un délai de deux mois.

B – les incidences d'une politique sociale en matière de logement

1 – une politique sociale génératrice de conflits d'intérêts

Equilibre entre droit de propriété et droit au logement : la consécration législative d'un droit au logement impose immédiatement la présence et l'appréciation d'intérêts et de droits opposés.

La recherche d'un équilibre entre ces intérêts se manifeste lors de l'adoption d'une disposition législative et justifie par là même le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel.

Depuis la décision du 21 janvier 1995 qui consacrait « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent », une conciliation est systématiquement recherchée entre le droit au logement et le droit de propriété, ce dernier ayant été consacré comme un droit à caractère fondamental depuis la décision prononcée par le Conseil Constitutionnel relative aux nationalisations rendue le 16 janvier 1982.

Il appartient au législateur de respecter systématiquement cet équilibre entre intérêts divergents, sous peine d'invalidation de la loi par le Conseil constitutionnel. Ceci se révèle parfois délicat à respecter car l'existence d'un droit au logement affecte par essence directement les prérogatives des propriétaires.

Ex : instauration d'une taxe annuelle sur les logements vacants.

Le rôle du conseil constitutionnel s'est alors révélé fondamental pour garantir l'équilibre des droits et assurer par ailleurs, une protection des intérêts des propriétaires. Les droits de ces derniers ont pu être affectés lors de l'instauration, à l'article 52 de la loi du 29 juillet 1998 d'une procédure de réquisition, le Conseil rappelant l'impératif de ne pas porter une atteinte excessive au droit de propriété.

Le Conseil constitutionnel a confirmé sa position dans le cadre d'une QPC en date du 30 Septembre 2011. Il a ainsi réaffirmé, au préalable, que la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent constituait un « OVC ». Le Conseil a toutefois précisé que s'il appartient au législateur de mettre en œuvre cet objectif et s'il lui est loisible d'apporter « au droit de propriété les limitations qu'il estime nécessaires, c'est à la condition que celles-ci n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée de ce droit en soient dénaturés.

Recherche d'un équilibre entre droit de propriété et droit au logement : c'est cette quête d'équilibre entre droit au logement et droit de propriété, liée à la qualification d'OVC du droit au logement, qui a fortement influencé les décisions des juges judiciaires et administratif après 1995.

Le juge s'octroie un pouvoir d'appréciation pour équilibrer un double rapport avec la chose : celui qui bénéficie d'un titre de propriété, jouissant d'un droit absolu sur la chose, et celui qui ne dispose que d'un droit au logement, qualifié d'occupant sans titre.

Prépondérance conférée au droit au logement : volonté d'assurer une priorité à la protection du logement, au bénéfice de personnes dans le besoin, mais au détriment de celles titulaires du droit de propriété. Effectuant une application scrupuleuse de l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel du droit au logement, le TA de Versailles a également considéré ce principe comme celui selon lequel « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » et qu'il devait concilier avec d'autres droits fondamentaux notamment le droit de propriété.

Un tel raisonnement est confirmé par la CEDH : CEDH, 12.10.2010 « SOCIETE COFINO C/France » qui a dû apprécier la portée d'un refus des autorités françaises, pendant plusieurs années, de prêter leur concours à une procédure d'expulsion qui concernait 16 familles démunies avec 39 enfants en bas âge et sans solution de relogement. Il a ainsi été précisé, en l'espèce, que le refus de ces autorités ne viole l'article 6 de la CEDH que si la Cour considère que les droits du propriétaire ont subi une charge disproportionnée au regard de l'importance des considérations sociales et d'ordre public ayant motivé ce refus.

2 – une politique sociale protectrice des personnes démunies

- **réquisition des logements vacants** :
- **expulsion d'occupants sans titre**